



UNIVERSIDADE DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAPHAEL FILIPE MARQUES DE LUCENA

**O USO DA DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA COMO TORTURA NO
BRASIL**

SANTA RITA/PB

2018

RAPHAEL FILIPE MARQUES DE LUCENA

**O USO DA DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA COMO TORTURA NO
BRASIL**

Monografia de Graduação apresentada ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito.

Orientador: Prof. Me. Danielle da Rocha Cruz

SANTA RITA

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catálogo e Classificação

L935u Lucena, Raphael Filipe Marques de.

O USO DA DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA COMO TORTURA NO
BRASIL / Raphael Filipe Marques de Lucena. - João
Pessoa, 2018.

55 f.

Orientação: Danielle Cruz.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Direito Penal. 2. Processo Penal. 3. Tortura. 4.
Traição. 5. Delação Premiada. I. Cruz, Danielle. II.
Título.

UFPB/CCJ

RAPHAEL FILPE MARQUES DE LUCENA

O USO DA DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA COMO TORTURA NO
BRASIL

Monografia de graduação apresentada ao
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

RESULTADO: _____ NOTA: _____

João Pessoa, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Danielle da Rocha Cruz
(Orientador - UFPB)

Prof. Dr. Leonam Baesso da Silva Liziero
(Examinador - UFPB)

Prof. Me. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani
(Examinador - UFPB)

“Todos esses que aí estão
Atravancando meu caminho,
Eles passarão...
Eu passarinho!”
Mário Quintana.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a fazer uma abordagem crítica do instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo primeiramente o tema através de um apanhado histórico das aparições do instituto ao longo dos anos. Em seguida, será apresentado um conceito do que viria a ser delação premiada e qual a sua aceitação dentro do nosso sistema jurídico. Por fim, serão expostos, de maneira sucinta, os fatores que levam a tratar tal instrumento da forma como é utilizado em nosso país, como um mecanismo de tortura.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo Penal. Tortura. Traição. Delação Premiada.

ABSTRACT

The present work proposes to make a critical approach of the institute of the awarding delineation in the Brazilian legal order. By first introducing the theme through a historical survey of the institute's apparitions over the years, we will next present a concept of what would become an awarding delineation and what its acceptance within our legal system. Will finally be exposed, in a succinct way, factors that lead to treating such an instrument in the way it is used in our country as a mechanism of torture.

Keywords: Criminal law. Criminal procedure. Torture. Betrayal. Awarding award.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	10
3 DA DELAÇÃO PREMIADA	17
3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DA DELAÇÃO PREMIADA	19
3.2 ACEITAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
3.2.1 Da constitucionalidade da delação premiada.....	22
3.2.1.1 Do devido processo legal	23
3.2.1.2 Do direito ao silêncio.....	20
3.2.1.3 Do contraditório e da ampla defesa.....	25
3.2.2 Da incompatibilidade com os princípios constitucionais.....	26
4 A DELAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE TORTURA	27
4.1 A VIOLÊNCIA INVISÍVEL	37
4.2 A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A ANUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO À TORTURA.....	38
4.3 DA INSUFICIÊNCIA NORMATIVA DA DELAÇÃO PREMIADA AO USO DA DISCRICIONARIEDADE	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

A prisão no ordenamento jurídico brasileiro deve ser vista como a “última ratio”, ou seja, deve ser a exceção e não a regra. A regra é que o ramo penal só deve ser utilizado quando não houver acolhimento em outro campo do Direito, ou seja, quando os controles formais e sociais tiverem perdido a eficácia, não sendo capazes de exercer essa tutela, alcançando assim, a última fronteira no controle social. Dessa forma, deve o Direito penal ser utilizado quando houver um fracasso de todos os ramos do Direito, possibilitando o uso da intervenção mais repressiva do Estado, que é aquela trazida pela esfera criminal; isto é, quando a pena se mostrar como o único e último recurso para a proteção do bem jurídico (CAPEZ, 2017, p. 37; ESTEFAM, 2017, p.187).

Contudo, a realidade prática opera de forma inversa; as instituições responsáveis por zelar pelo devido cumprimento das leis vêm ferindo os princípios que norteiam nosso Direito Penal e sustentam o Estado Democrático de Direito. A banalização e a seletividade do poder de punir no Estado brasileiro estão cada vez mais latentes.

É importante lembrar que a função do Direito Penal não é uma transfiguração da figura do carrasco, e sim um instrumento do Estado para exercer um controle social e prover “a proteção da sociedade e, mais precisamente, a defesa dos bens jurídicos fundamentais (vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública etc.)” (FABBRINI; MIRABETE, 2018, p. 03).

Ao observar a realidade cotidiana, não é difícil encontrar lesões aos direitos fundamentais do indivíduo. Em linhas gerais, há uma relativização de direitos, sendo esses respeitados ou não a depender da pessoa, condição essa análoga à condição do “sistema jurídico de Jakobs”, o tão famigerado Direito Penal do inimigo¹, marcadamente caracterizado como “Direito Penal do Autor”. Essa relativização também pode ser observada com a deformação do princípio da eficiência, podendo ser chamado de princípio da eficiência seletiva.

Ante esse quadro de intenso neoliberalismo no sistema judiciário pátrio, urge a necessidade de um estudo sobre o uso torpe do instituto da delação premiada pelo

¹ (...) quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 49).

Poder Judiciário brasileiro, como um modelo que eleva a um novo patamar a seletividade penal, utilizando tal instituto como uma forma de tortura moderna e legal.

A delação premiada sempre entra em pauta quando se apresenta um momento de crise, e esse aparecimento reserva uma intenção por trás: há uma forte e evidente tentativa de minimalizar o Estado, de tornar a efetividade de seus órgãos menor. Esse sintoma vem ganhando forças desde que o Brasil enveredou pelo neoliberalismo. A ideia de crise se sustenta pela ausência de estrutura estatal com capacidade de exercer suas funções, taxando os padrões normais e hierárquicos do nosso sistema jurídico como falido ou pouco efetivo, e isso justificaria uma abordagem extra constitucional para a solução de problemas, o que notadamente é um aviltio a toda norma Vigente no ordenamento jurídico brasileiro (COUTINHO, 2006, p. 7-9).

Diante disso, inicialmente, será abordada de maneira sucinta a origem do instituto da delação premiada nesse ordenamento, bem como as principais leis que o introduziu.

No capítulo seguinte, será tratado o conceito de delação premiada, a sua natureza jurídica, bem como a sua aceitação dentro do sistema jurídico brasileiro, dando um enfoque principal no que tange à constitucionalidade do instituto.

Posteriormente, será discutido o processo de negação ou diminuição de direitos fundamentais – conquistados com muita luta – em favor de supostos interesses maiores, pelo sistema judiciário, com enfoque na delação premiada; momento este do trabalho, em que se falará das suas principais características, fazendo uma crítica sobre o uso da delação como instrumento de tortura.

2 A ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Para discorrer sobre o instituto da delação premiada é necessário retornar historicamente para observar seus fundamentos e as principais leis que introduziram tal instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A delação premiada no Brasil tem suas raízes antes mesmo deste se tornar independente de Portugal, através das Ordenações Filipinas, propostas pelo Rei Filipe II da Espanha, na época da dominação hispânica em Portugal. Tal compilação jurídica trazia várias alterações ao Código Manuelino, que vigorou e sofreu diversas modificações ao longo dos séculos XVI e XIX, sendo esse aplicado na área cível até o Código Civil de 1916.

Nas palavras de Maciel (2006, s/p):

O livro que ficou mais tempo em voga foi o IV, vigorando durante toda a época do Brasil Império e parte do período republicano, com profundas influências no nosso atual sistema jurídico. As Ordenações, portanto, tiveram aplicabilidade no Brasil por longo período e impuseram aos brasileiros enorme tradição jurídica, sendo que as normas relativas ao direito civil só foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916. O estudo do texto das Ordenações Filipinas é salutar para a compreensão de boa parte dos nossos atuais institutos jurídicos.

O livro que trata especificamente da delação premiada é o “Quinto Livro, Títulos IV, XII e CXVI”. O Título VI - Do Crime de Lesa *Magestade*² traz em seu componente 12 a possibilidade de perdão do crime de Lesa *Magestade* ao participante do crime, desde que este não tenha sido o organizador principal, conforme podemos observar abaixo:

12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber. (ALMEIDA, 1870, p. 1.154).

²Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro. 1870 (citado como no original). Disponível em: <www1.ci.uc.pt>. Acesso em fev. 2018.

O Título CXVI - “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão” - trata do perdão de crimes mais brandos cometidos, em troca da informação que leve a prisão de outrem que tenha praticado os crimes previstos na redação do referido Título. O que, de fato, se assemelha muito ao que vemos no instituto contemporâneo da colaboração premiada.

Com o fim paulatino das Ordenações Filipinas, e sua substituição pelos novos códigos - Código Criminal do Império de 1830, Código de Processo Criminal 1832, que substituíram o Livro Quinto -, o instituto da delação premiada passou a não mais existir em nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, dispõe Maciel (2006, s/p):

[...] o Código Criminal do Império de 1830, que substituiu o Livro V das Ordenações; em seguida foi promulgado, em 1832, o Código de Processo Criminal, que reformou o processo e a magistratura; em 1850 surgiram o Regulamento 737 (processo civil) e o Código Comercial. Os Livros I e II perderam a razão de existir a partir das Revoluções do Porto em 1820 e da Proclamação da Independência brasileira.

Tal instituto se manteve por mais de 150 anos em completo desaparecimento, retornando com a Lei nº 8.072/90, que trata dos crimes hediondos, em seus Artigos. 7º e 8º, parágrafo único, conforme podemos verificar abaixo:

Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

“Art. 159.

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

Art. 8º [...]

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL. Lei nº 8.072,1990, art. 7º, art. 8º, par. único).

A esse respeito, assevera Bitencourt (2014, s/p):

Com efeito, a eufemisticamente denominada delação premiada, que foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, artigo 8º, parágrafo único), proliferou em nossa legislação esparsa, atingindo níveis de vulgaridade. Enfim, iniciou-se a proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidade organizada [...].

A Lei nº 8.072/90 foi um dos alertas acerca do rumo punitivista que a política criminal brasileira estava tomando com a inserção, no ordenamento jurídico, de uma

lei eivada de inconstitucionalidades em muitos de seus artigos. É salutar lembrar que na década de 90 as leis brasileiras passaram a ser mais pungente, permeada e influenciada pelo neoliberalismo jurídico, que, por sua vez, geraram algumas aberrações jurídicas, que, em suma, são frutos de uma pressão criada através de uma expectativa gerada na população pela mídia, pressionando a política.

Nesse sentido, aduz Pastana (2009, p. 124):

Exemplo marcante dessa postura é a Lei n. 8072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos e os a eles assemelhados, em virtude do mandamento constitucional inserido no artigo 5º, inciso XLIII. Lei portadora de inúmeros dispositivos que atentam frontalmente contra a Constituição Federal e que surge em nosso ordenamento como a consagração da ideologia do endurecimento penal, vale dizer: da punição arbitrária e supressora de inúmeros direitos e garantias constitucionais. Feita às pressas e sob forte pressão política, seu texto atingiu diretamente inúmeros princípios penais constitucionais. No campo da execução penal, por exemplo, excluiu o sistema progressivo no cumprimento da pena privativa de liberdade, restringindo-a apenas ao regime fechado.

Um dos exemplos que melhor ilustra as falhas contidas na referida lei, é o seu Art. 2º, que foi declarado inconstitucional pela Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal, que trata da possibilidade de progressão de regime no cumprimento da pena de reclusão para aqueles que foram condenados por crimes hediondos, conforme pode ser analisado abaixo: (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante nº 26):

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Uma questão que não pode deixar de ser mencionada é a morosidade que existiu para sanar esse defeito legislativo, pois a lei data do ano de 1990 e a Súmula Vinculante de 2006, ou seja, um lapso temporal de 16 anos de flagrante inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de privações e limitações de direitos e garantias fundamentais.

Após pouco mais de um ano da declaração de inconstitucionalidade, o desejo insanável da política criminal brasileira em punir fez com que fosse editado tal artigo, adotando um critério bem mais rígido no que tange à progressão de pena nos crimes hediondos. De acordo com a Lei nº 11.464/07, responsável por essa alteração:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

.....

II - fiança.

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

(BRASIL. Lei nº 11.464/07, Art. 1º, 2º, II, §§ 1º, 2º e 3º).

Quando a finalidade é punir, pode-se observar uma celeridade muito grande para editar leis e demais instrumentos normativos, todavia, quando se trata de alguma cláusula que fere princípios que deveriam ser constantemente protegidos pelo ordenamento jurídico, essa presteza não é percebida.

Acerca da Lei nº 11.464/07 aludida acima, é imperioso tocar em um ponto muito sensível: apesar do pouquíssimo conteúdo desse regramento, ele foi considerado inconstitucional, pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento do HC nº 111.840, pois, segundo ele, é inconstitucional o início do cumprimento da pena em regime fechado, de forma obrigatória, nos casos de crimes hediondos ou equiparados.

Dessa forma, é salutar transcrever parte da notícia publicada no site do STF sobre o tema, datada de 06 de abril de 2016, a saber:

O relator lembrou também que o Plenário do STF, no julgamento do HC 111840, de relatoria do ministro Dias Toffoli, declarou inconstitucional a obrigatoriedade da fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado, conforme enunciado no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Redação da Lei 11.464/2007).

O ministro Barroso determinou que o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), ao julgar a apelação interposta pela defesa, fixe o regime prisional com base nas diretrizes previstas no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal, que estabelece critérios para a fixação, bem como examine a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(Notícias STF, 2016, s/p).

Para além de toda problemática abordada anteriormente, o retorno do instituto da delação premiada contido na Lei nº 8.072/90 trouxe consigo críticas, pois o legislador se baseou em legislação estrangeira voltada para atender casos excepcionais e a implantou para crimes comuns, ou seja, fez uma extensão de uma legislação de cunho emergencial para ser utilizada em casos de crimes comuns, em

busca de um funcionalismo exacerbado. Nesse sentido, aduzem Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 75)³:

Identifica-se o açodamento do legislador nacional ao fazer reviver no ordenamento instituto cuja invocação no exterior se justificava por circunstâncias políticas peculiares de enfrentamento a grupos terroristas. Pondere-se de outra parte que tal instituto se viu estendido à criminalidade comum, quando sua origem nos países europeus se prendia a crimes políticos. Portanto, tem-se que a delação premiada não viria atender necessidade de política criminal do país, mas antes representaria um mimetismo canhestro, cujo escopo seria a extensão de uma legislação de emergência a crimes comuns, a pretexto de se alcançar segurança pública.

Depois desse retorno, o instituto da colaboração premiada, em 1990, foi permeando através de leis que supostamente seriam para tratar casos excepcionais. A Lei nº 9.034/95, que tratava da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, trazia em seu Art. 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (BRASIL. Lei nº 9.034, 1995, Art. 6º).

Em conformidade com as outras leis citadas que contêm a delação premiada, a Lei nº 9.034/95 também teve alguns dos seus artigos declarados inconstitucionais. Nesse caso, especificamente, foi o Art. 3º declarado inconstitucional pelo STF em 2004, se referindo, tal inconstitucionalidade, à quebra do sigilo fiscal e eleitoral, a partir do julgamento da ADI 1570, conforme noticiado pelo próprio Supremo Tribunal Federal:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.034/95, na parte que se refere à quebra de sigilos fiscal e eleitoral. A decisão foi dada pelos ministros ao julgarem parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1570). O ministro Carlos Velloso divergiu do relator, ministro Maurício Corrêa.

A ADI foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, alegando que o referido dispositivo teria transformado o juiz em investigador, concedendo poderes inquisitoriais, violando o princípio do devido processo legal ao comprometer a imparcialidade processual do juiz. Segundo a Procuradoria, a imparcialidade do juiz é qualidade exigida de todo magistrado e, ao participar do procedimento da coleta de provas, ele estaria prejudicado nessa qualidade. Por fim, afirma que seria a adoção do sistema judiciário inquisitorial abominado pela Constituição Federal. (Notícias STF, 2004, s/p).

Por meio da ADI 1570,

³ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais", vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso, que a julgava improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Março Aurélio e Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 12.02.2004. (Brasil, STF, ADI 1570, 2004).

A Lei nº 9.613/98, que disciplina os Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores, também traz em sua redação o instituto da delação premiada, mais especificamente em seu Art. 1º, §5º, com redução de pena de um a dois terços para algum dos agentes dos crimes que a lei abarca, caso, de maneira espontânea, venha este a colaborar para a elucidação dos fatos, localização dos bens, valores e objetos do crime, conforme se vê a seguir:

Art.1º [...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (BRASIL. Lei nº 9.613, 1998, Art. 1º, §5º).

Apesar da Lei nº 10.409/02, que ficou conhecida como a “Lei Antitóxicos”, ser um total fracasso legislativo, seja por seu conteúdo defasado, suas atecnias, ou por suas inúmeras contradições, suscitando margem para várias interpretações, ela também abarca o instituto de delação premiada. Em 2006, no entanto, acabou a mesma sendo revogada.

Como entende Freitas (2003, p. 01):

Ao entrar em vigor em fevereiro de 2002, com quase metade dos dispositivos vetados, a Lei 10.409/02 sofreu repúdio dos operadores do direito, porque nasceu capenga nos pontos fundamentais, somente com capítulos referentes aos aspectos procedimentais, porquanto vetado o capítulo III que tratava do direito material (crimes e penas). Mais. O procedimento das fases investigativa e judicial veio a lume omissso quanto a certos institutos inalienáveis ao devido processo legal de crimes de tóxicos, bem como o texto é pobre tecnicamente, exigindo verdadeira ginástica interpretativa para sua implementação.

Com a revogação da Lei Antitóxicos de 2002, passou a vigorar a Lei nº 11.343/06, trazendo esta em seu Art. 41, o instituto da delação premiada, conforme pode ser observado a seguir:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto

do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. (BRASIL. Lei nº 11.343, 2006, Art.41).

A Lei nº 12.850/13 é a lei brasileira mais recente que trata, em alguma parte, da delação premiada, revogando a Lei nº 9.034/95 anteriormente citada, e trazendo uma Seção dedicada e intitulada “Da colaboração Premiada”. Logo, se observa que há uma sensível e significativa mudança na nomenclatura, assunto a ser tratado mais adiante. Pode-se dizer, antes de se discutir mais sobre a lei e o próprio instituto ora estudado, que esse diploma legal é o que melhor define a colaboração premiada.

3 DA DELAÇÃO PREMIADA

Partindo do sentido etimológico das expressões “delatar” e “premiar” presentes no Dicionário online de Língua Portuguesa Michaelis (2018, s/p):

- de-la-tar vtd, vt di e vpr 1 Apontar o responsável por qualquer ato censurável: Carlos delatou seu amigo sem remorso. Ela delatou o crime horrendo à polícia. Sem saída, delatou-se. vtd e vt di 2 Relatar ato reprovável ou criminoso: O funcionário acabou delatando toda a corrupção que grassava no ministério. “Além dos casos de mães que tiveram de carregar seus filhos até a adolescência nas costas, há outros que delatam a total insensibilidade dos dirigentes escolares” (CMA). vtd 3 fig Revelar por descuido: Sua risada delatava o seu nervosismo.
- pre-mi-ar vtd1 Distinguir ou recompensar com prêmio; galardoar, laurear, recompensar: A professora premiou o melhor aluno, ofertando-lhe um bom livro. vtd2 Conferir, por sorteio, prêmio em dinheiro ou objeto: A loteria premiou vários apostadores. vtd3 Dar recompensa a alguém por uma boa ação, um serviço prestado etc.: O governo premiou nossos grandes atletas. (MICHAELIS, 2018, s/p).

Ou seja, a expressão significa basicamente revelar, entregar, incriminar outrem e ser bonificado por tal atitude. Trazendo a expressão para o mundo jurídico, delação premiada pode ser entendida como uma vantagem concedida a um corréu em processo criminal que pela sua colaboração pode lograr redução de pena ou até mesmo a isenção (AVENA, 2018, p. 648).

Nas palavras de Aranha (1996, p. 110)⁴,

[...] a delação, ou chamamento de co-réu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa.

É importante lembrar, que não se pode confundir a delação premiada com a mera confissão ou testemunho. Para que efetivamente seja caracterizada a colaboração, o indivíduo deve indicar os participantes, bem como deve estar inserido entre os agentes que praticaram tal feito. Nesse sentido, fundamentado, inclusive, na obra de Nucci (2015)⁵, é pertinente citar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça da Relatora Maria Thereza de Assis Moura:

Não há confundir a confissão espontânea com a delação premiada, providência político-criminalmente orientada, dependente do concurso de condições estranhas à atenuante em questão. Tendo a segunda um

⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. Da prova no processo Penal. 4ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 110.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

espectro de atuação mais amplo, impactando diversos outros bens jurídicos, e, não só a mais eficiente e célere Administração da Justiça, justifica-se o *discrímen* no caráter de abrandamento da reprimenda. Daí o fato de o legislador ter dado tratamento diferente aos dois institutos, não havendo a possibilidade de aplicação analógica de um com relação ao outro” (HC 183.279/DF, 6.^a T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.04.2013, v.u.).

Esse instituto é bem mais amplo com relação aos seus efeitos, e a depender do diploma legal utilizado, pode extinguir por completo a punibilidade, atenuar a pena ou ser arbitrado regime prisional mais leve.

Outro aspecto que não pode ser esquecido é que a delação deve ter como característica para seu acolhimento e homologação, a voluntariedade do delator. Caso haja coação para que um indivíduo delate, essa colaboração não poderá ser homologada, ou seja, é necessário que a conduta seja efetivamente voluntária para ter validade.

Leciona acerca da voluntariedade/espontaneidade, Avena (2018. p. 649):

Uma primeira questão refere-se à espontaneidade e à voluntariedade do agir do delator para o fim de ser beneficiado. Como já vimos, espontâneo é o ato que decorre da vontade livre e consciente do indivíduo, não induzido por qualquer fator externo, ao contrário do ato voluntário, que, embora não seja motivado por coações físicas ou psicológicas, é provocado por acontecimentos ocorridos no mundo exterior.

Ainda acerca da voluntariedade e espontaneidade, cabe ressaltar as palavras de Rafaella Cardoso:

Transportando a ideia de conduta voluntária para o termo voluntariedade da delação premiada, Luiz Flávio Gomes e outros (1998), contudo, diferenciam os termos “voluntariedade” de “espontaneidade”. Seria, segundo Gomes, “espontânea” a colaboração que parte da iniciativa do próprio infrator. Assim, o fato de ser voluntária, ou seja, ser um ato livre, não é suficiente para a delação premiada para que ela seja, de fato, eticamente aceita pelo juiz. Isso porque, de nada adianta o colaborador estar “livre” aparentemente, porém, eivado de finalidades escusas para prestar o depoimento, por exemplo, medo de represálias, coação por parte de outros coautores em razão de desmantelamento do grupo etc. Sem a necessária espontaneidade, o que se diz como “voluntariedade” nas delações premiadas acaba por se correlacionar ao que se estabelece na Lei de Tortura, - Lei 9455 de 1997, *verbis*: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; (...)”. (CARDOSO, 2015, s/p).

Tratam-se, então, de características fundamentais, as quais, quando não estão presentes, tornam o o instituto aqui estudado um ponto inicial para a

caracterização da tortura, o que não poderia ocorrer, conforme se discutirá mais adiante.

3.1 DA NATUREZA JURÍDICA DA DELAÇÃO PREMIADA

Existe uma grande discussão por parte da doutrina acerca da natureza jurídica da delação premiada, mas o posicionamento majoritário é o de que esta possui o valor de prova, contanto que essa seja obtida de forma lícita e voluntária. Além desses aspectos, observa-se a credibilidade de quem faz a delação e que os depoimentos sejam consistentes e coerentes em relação às outras provas obtidas.

Como estudado em Nucci (2015), a delação só terá valor de prova caso o delator faça a delação e que por esta confesse a participação no crime. Não sendo dessa forma, seria a delação um mero testemunho⁶.

Segundo Mendroni (2015, p. 131-132)⁷, a natureza jurídica da delação premiada vem da aplicação de um desdobramento do princípio da legalidade, nosso chamado “princípio do consenso”, a saber:

Sua natureza decorre, segundo entendemos, da aplicação do chamado “Princípio do Consenso”, que, sendo variante do Princípio da Legalidade, permite que as partes entrem em um consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do Princípio do Consenso pode atingir aquele que colaborou eficazmente com a administração da justiça.

Sobre esse tema, leciona Prado (2006, s/p)⁸:

Nos dias atuais, aceitar a alegação de um réu como meio de prova é ainda mais impensável. Talvez aí esteja uma diferença fundamental entre o processo penal e os outros processos jurisdicionais, para os quais também existe, de ordinário, previsão de contraditório, mas que não asseguram a uma das partes o direito de calar, livrando-a de qualquer consequência jurídica negativa em virtude desta opção.

Há muita dificuldade em definir de fato a natureza jurídica da delação premiada, devido à forma que esse instituto se apresenta, pois não possui um

⁶ “Ela somente tem valor probatório caso o interrogado, além de atribuir a outrem a prática do crime, também confesse a autoria. Se negar, imputando-a a terceiro, não se trata de delação, mas de mero testemunho” (NUCCI, 1999, p. 213-9).

⁷ Mendroni, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131-132.

⁸ PRADO, Geraldo. Delação premiada: Aspectos processuais. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

regramento específico, isto é, uma lei que trate de todo seu funcionamento. No atual momento, a delação premiada é encontrada em diversas leis esparsas, aqui previamente elencadas, o que torna ainda mais difícil a análise e definição de sua natureza jurídica.

3.2 ACEITAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O termo delação foi substituído por colaboração no ordenamento jurídico pátrio como uma espécie de eufemismo, na tentativa de trazer consigo um caráter menos moral. O termo colaboração seria visto pelo corpo social com menor rejeição, haja vista que delatar não é uma virtude, tão pouco é socialmente aceito. Materialmente, não houve mudanças, ou seja, é o mesmo velho conhecido violador de direitos e garantias, só que, agora, com vestes novas e mais apresentáveis.

Acerca dessa mudança de nomenclatura, aduz Rodríguez (2018, p. 03):

O correto, em uma obra de dogmática jurídica, seria adotar o *nomen juris*, a denominação dada pela lei, sob pena de grave erro técnico. Neste ensaio, porém, não será exatamente assim. O nome legal será aplicado, mas com a preservação de seu valor semântico. É que o vocábulo “colaboração” não encontra qualquer carga técnica, qualquer origem doutrinária que a justifique. A substituição somente se explica como recurso eufêmico, de retirar o desvalor intrínseco que o substantivo “delação” traz em si.

Devido a dificuldade de amparo legal, a delação premiada em um direito de raiz romano-germânica, como o nosso, deveria ser tida como exceção.

Conforme aduz o Ministro Lewandowski (2017, p. 19):

Tal modelo estruturou-se sobre uma profunda crença no papel do juiz como responsável pela busca da verdade real. Por isso, institutos arraigados no sistema anglo-saxão, como a admissão de culpa (*guilty plea*) não encontram amparo no sistema romano-germânico, no qual a confissão do acusado é possível, porém não sua admissão de culpa, como forma de finalização do processo (DAMASKA, Miriam R., *op.cit.*, p. 2). (PETIÇÃO 7.265, DISTRITO FEDERAL, Ministro Lewandowski, 2017, p. 19).

Há, na atualidade, uma latente vontade por parte do poder judiciário em incentivar a ideia de que tal instituto é uma solução rápida e prática de aplicação do Direito Penal, quando, na verdade, trata-se do Estado assumindo que é, de certa forma, incompetente para realizar investigações e determinar a culpabilidade de acordo com o sistema jurídico vigente.

A esse respeito, Bitencourt (2014):

O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos 20 anos, pelo menos.

Apesar de serem quase que incompatíveis com um Estado Democrático de Direito, os acordos de delação premiada estão sendo concretizados a despeito da Constituição e do regramento legal do nosso ordenamento jurídico; sendo importante lembrar que, por mais que existam ilegalidades e inconstitucionalidades, as delações premiadas ainda assumem a natureza jurídica de prova.

Conforme Canotilho e Brandão (2016, p. 35)⁹ bem expressam em seu artigo sobre as delações premiadas e acordos de delação da operação Lava Jato,

Aqui chegados, temos como seguro que os acordos de colaboração premiada analisados e os actos homologatórios que sobre eles incidiram padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos.

A delação premiada ainda vem produzindo verdadeiras aberrações no Direito brasileiro, como também comentado por Canotilho e Brandão no artigo recém-referenciado. Nesse sentido, afirmam que o juiz se arvora da competência de legislador para definir perdão judicial a um crime que não está previsto no rol de crimes da Lei nº 12.850/13, evidenciando a debilidade da aceitação do instrumento em relação aos princípios fundamentais e, por sua vez, à Constituição¹⁰.

Afinal, apenas a lei tem o condão de definir crimes e, por conseguinte, suas respectivas penas; e qualquer intervenção nessa competência deve ser debelada. Sendo assim, Canotilho e Moreira Apud Canotilho e Brandão (2016, p. 24)¹¹ afirmam que “só a lei é competente para definir crimes [...] e respectivas penas”.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 146, nº4000, p. 16-38, set. – out. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

¹⁰ Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA VITAL Apud CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 146, nº4000, p. 16-38, set. – out. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

3.2.1 Da constitucionalidade da delação premiada

Na atualidade, ainda há uma falta de consenso por parte da doutrina, mas o entendimento majoritário é de que o instituto da delação premiada é perfeitamente constitucional, e em consonância com tal ideia encontra-se o Supremo Tribunal Federal.

Apesar dessas informações acima elencadas, não se pode negar as várias relativizações de princípios constitucionais, que levam a um questionamento sobre a forma de aplicação da delação premiada: “A forma que vem sendo aplicada encontra abrigo dentro do sistema jurídico brasileiro – o civil Law?”.

Conforme pode ser observado no segundo capítulo do presente estudo monográfico, que trata da origem da delação premiada no Brasil, ao se fazer uma abordagem da legislação brasileira que contempla de alguma forma o referido instituto, é possível notar que há certa uniformidade no que tange à inconstitucionalidade de alguns artigos, umas já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e outras que ainda permanecem latentes.

A delação premiada no Brasil, apesar de pulverizada em várias leis infraconstitucionais, fere direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 e, por sua vez, acaba ferindo também os princípios constitucionais, os valores éticos e a segurança jurídica; o que marcadamente é um traço de rompimento com o texto constitucional, o que não pode e nem deve ser encarado como uma simples transgressão a uma norma.

Assim, dispõe Mello (2015, p. 54):

Eis porque: “violare um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Quando o instituto da delação premiada é exposto ao princípio do devido processo legal, pode-se perceber que há uma latente lesão visceral ao princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito ao silêncio e da inadmissibilidade de provas ilícitas. Nesse sentido, leciona Coutinho (2014, s/p):

Ocorre, porém, que os princípios e regras constitucionais são, com frequência, empecilhos consideráveis a serem superados e, por isso, começam as denegações à CR.

Um dos exemplos mais acabados da referida denegação diz com a delação premiada.

Inconstitucional desde a medula, a sua prática, dentro de um sistema processual penal de matriz inquisitória ofende 1º) o devido processo legal; 2º) a inderrogabilidade da jurisdição; 3º) a moralidade pública; 4º) a ampla defesa e o contraditório e 5º) a proibição às provas ilícitas. Só isso, então, já seria suficiente para que se não legislasse a respeito e, se assim não fosse, que se não aplicasse.

Dessa forma, se faz necessário falar, de maneira individual, do princípio do devido processo legal e seus subprincípios, para expor com maior detalhamento as lesões promovidas pela delação premiada e sua respectiva falta de guarida na atual conformação jurídica brasileira, conforme os tópicos apresentados a seguir.

3.2.1.1 Do devido processo legal

O devido processo legal consiste basicamente em não submeter ninguém a privação da liberdade ou de seus bens sem que haja um julgamento justo, ou seja, um julgamento pautado nas leis em vigor e previamente estabelecidas (ALMEIDA, 2013, p. 26). Tal princípio congrega todos os princípios processuais, sendo encontrado na Constituição Federal, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mais precisamente no Art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL. Constituição. 1988).

Em consonância com o que foi dito acima, assevera Alvim (2018, p.150) que:

O princípio fundamental de todo processo, sustentáculo de todos os princípios que lhe são inerentes, é o devido processo legal, consagrado pelo art. 5º, LIV, da Constituição, dispondo que: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, aplicável tanto ao processo penal quanto ao processo civil lato sensu (sentido amplo), ao civil stricto sensu (sentido estrito), ao trabalhista, ao eleitoral, ao tributário etc.

O devido processo legal é muito abrangente, e uma violação a qualquer um dos seus pontos seria uma flagrante violação ao Estado Democrático de Direito e, por sua vez, seria contra a Constituição Federal, restando assim comprovado que as leis e os regramentos infraconstitucionais que não respeitam ou mitigam o princípio do devido processo são passíveis de serem reconhecidos como inconstitucionais.

Desse modo, entende-se que,

o princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e na penal, como também nos procedimentos administrativos. Ademais, engloba a reivindicação de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a eficaz defesa e a produção de provas. No devido processo legal estão enfaixadas garantias representadas principalmente pelos princípios do contraditório, ampla defesa, duplo grau, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita. (RUI PORTANOVA Apud ALMEIDA, 2013, p. 27).

3.2.1.2 Do direito ao silêncio

O direito ao silêncio é uma garantia fundamental consolidada na Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso LXIII, e no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, o qual, em termos simples, significa dizer que ninguém é obrigado a constituir prova contra si; sendo essa garantia, no que pesa ao Processo Penal, uma das garantias primordiais na proteção do acusado, principalmente quando observado sob o prisma da tão recente democracia do nosso país, e da memória dos tempos sombrios dos anos de chumbo.

O que pode ser aferido da análise crua dos acordos de delação premiada é que eles abarcam uma série de inconstitucionalidades, partindo do pressuposto de que as garantias não são passíveis de renúncia; ademais, estão sujeitando a Constituição Federal às leis infraconstitucionais, como é o caso da lesão ao direito de silêncio declaradamente vilipendiado pelo Art. 4, §14, da Lei nº 12.850/2013.

Conforme expõe Bitencourt (2014, s/p):

Uma vez iniciado o processo, sendo o *colaborador*, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei incorrendo em grave *inconstitucionalidade* estabelece em seu parágrafo 14º do artigo 4º, que o *colaborador* renunciará — utiliza-se voz cogente — ao direito ao silêncio, na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente *inconstitucional* enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

A delação, praticada nesses moldes, acaba por se tornar, como já mencionado, um ato violador de direitos fundamentais, o que acaba por colocar em dúvida sua eficácia e, conseqüentemente, a segurança jurídica esperada e desejada por todos. Como diz Andrade (2015, s/p), apesar de sua importância,

Esquece-se, porém, de verificar se o instituto está sendo utilizado de modo correto, se não está afrontando outros dispositivos da legislação vigente ou se está sendo utilizado de acordo com os direitos e garantias

conquistados a muito custo ao longo da história. Aqui faremos alguns questionamentos sobre o modo como tal instituto tem sido utilizado.

É, assim, de grande valia que tal instituto seja utilizado de maneira correta, evitando violações e injustiças.

3.2.1.3 Do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal, como um instrumento garantidor que é, abriga vários e significativos princípios que devem nortear o Estado Democrático de Direito, entre eles estando o princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual, de acordo com o Art. 5º, LV, da Constituição Federal, prevê que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, ou seja, o referido princípio nada mais é do que a permissão cedida ao acusado em realizar a sua defesa com o uso de todos os meios legais pertinentes.

No entanto, são inúmeros os casos de acordos de delação premiada homologados em situação de réu preso, onde passam a ser questionadas a voluntariedade da conduta e a violação dos princípios e garantias fundamentais, sabendo-se que, em hipótese alguma, esse princípio poderia ser limitado ou mitigado, sob pena de contrariar e ferir o Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Bitencourt (2014, s/p):

Na realidade, a prática tem desrecomendado não apenas o instituto da delação como também as próprias autoridades que a têm utilizado, bastando recordar, apenas para ilustrar, a hipótese do doleiro da CPI dos Correios e do ex-assessor do atual ministro Palocci, que foram interpelados e compromissados a delatar, na calada da noite e/ou no interior das prisões, enfim, nas circunstâncias mais inóspitas possíveis, sem lhes assegurar a presença e orientação de um advogado, sem contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

Nesse sentido, também leciona o professor Gesteira (2016, s/p):

Tal direito encontra-se ligado umbilicalmente ao próprio processo penal, sobretudo porque sua finalidade, como regra, é a aplicação de uma pena privativa de liberdade, então não é admissível que o Estado limite ou mesmo que aceite qualquer limitação ao exercício do pleno direito de defesa.

3.2.2 Da incompatibilidade com os princípios constitucionais

Diante de tudo já elencado, fica explícita a existência de dificuldades de adequação do instituto da delação premiada vigente no Brasil aos princípios constitucionais; sendo evidente a necessidade de adequação daquele aos ditames constitucionais, e não o inverso.

A Constituição Federal, como cerne principal do ordenamento jurídico brasileiro e do Estado Democrático de Direito, não deve se curvar diante de leis infraconstitucionais, decretos, portarias etc.. Essa inversão na hierarquia é muito perigosa, devido ao esvaziamento normativo e as lacunas da Lei nº 12.850/2013, que abrem espaço para interpretações que podem ser ainda mais violadoras.

Ainda nas palavras de Bitencourt (2014, s/p), percebe-se que:

Nos últimos anos, o legislador contemporâneo tem demonstrado censurável desprezo pelas garantias constitucionais, e certa predileção em editar diplomas legais francamente inconstitucionais, e, particularmente, afrontadores de direitos fundamentais assegurados na própria Constituição. Na verdade, há uma “produção” excessiva de leis que, a pretexto de combater a impunidade, ignoram a existência de garantias fundamentais, e algumas até contradizem diretamente as previsões constitucionais, como ocorre, por exemplo, com a Lei 12.850/2013.

A edição de diplomas que violam o texto constitucional, e os direitos por ele trazidos, faz com que a própria população seja fortemente lesada. E, no caso da delação premiada, a forma como a mesma passa a ser utilizada, em alguns casos, acaba por se tornar incompatível com os princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna de 1988, tornando-se um instrumento inverso do que realmente deveria ser. A produção de leis em excesso, sem que haja uma correta observação de seus fundamentos, limites e de toda a legislação envolvida, ao invés de ajudar, acaba por prejudicar toda a sociedade.

4 A DELAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE TORTURA

Diante de todo o exposto sobre o presente tema, faz-se necessário lembrar que esse trabalho não se propõe a ser contra o instituto da colaboração premiada, mas sim a analisar, de forma crítica, a maneira como este vem sendo aplicado no Brasil, com total discricionariedade e desrespeito à legislação penal vigente e a própria Constituição Federal.

Nas palavras de Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2017, s/p):

A delação premiada é, indiscutivelmente, um instituto importante, de grande utilidade como meio de obtenção de provas e cuja tendência é irreversível. Inobstante, é preciso compreender que criticar a "delação à brasileira" não significa, obviamente, pactuar com a mediocridade, como pensam alguns reducionistas de plantão. Todo o oposto: se querem salvar a delação das práticas abusivas, é preciso retomar o eixo da legalidade.

Antes de iniciar o estudo da delação como instrumento de tortura moderno revestido de um manto de legalidade, é preciso fazer uma reflexão acerca da sua história. Esse instituto teve seu retorno ao nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 8.072/90, que trata dos casos de crimes hediondos. Em seu Art. 1º, IV, está o crime de extorsão mediante sequestro e, no Art. 2º, a tortura como crime não passível de fiança, anistia, graça ou indulto (BRASIL. Lei nº 8.072, 1990, Art. 1º, IV, e Art. 2º).

Conforme explica BALDAN (2006, s/p)¹², a delação premiada é utilizada no ordenamento jurídico brasileiro como uma maneira de se conseguir a extorsão da prova mediante o sequestro do investigado. Assim, negando ou minorando os direitos fundamentais do investigado, o Poder Judiciário, em conjunto com as forças policiais e a mídia, comete - de maneira coordenada - os crimes acima descritos, para defender uma pretextada verdade real, que de fato soa mais como uma verdade seletiva.

Mas, a delação premiada pode realmente ser considerada como tortura? Como explica Beccaria (1764, p. 22)¹³, a tortura é um rompimento do ser humano com o ser social e a adoção da selvageria, que, em geral, os governos utilizam para se arrancar confissão ou delação de outrem. Dando seguimento, o mesmo autor

¹² BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. IBCCRIM - Boletim - 159 - Fevereiro / 2006.

¹³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed. Eletrônica Ridendo Castigat Mores. 1764, p. 22. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: 10 jan. 2018.

completa ainda falando da presunção de inocência, não se podendo infligir pena caso exista dúvida sobre a inocência.

Nesse sentido, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, que teve sua ratificação no ano de 1989, preceitua:

[...] o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, 1984, s/p).

Os conceitos acima são, de certo, muito semelhantes ao que se vê nas midiáticas operações recentemente deflagradas e noticiadas através dos meios de comunicação de maneira maciça, bem como nas conduções coercitivas e encarceramento cautelar ou provisório.

E, ainda, um fato que não pode ser deixado de lado é o perigo que reserva o encarceramento cautelar, tendo em vista que o acusado fica à disposição das forças policiais, podendo sofrer todos os tipos de coação física e psicológica, sem que haja qualquer tipo de controle ou regramento para que colabore com as investigações.

Como leciona Lopes Jr. (2014, p. 899):

Então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da "imprescindibilidade para as investigações do inquérito", o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. Inclusive, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá necessariamente solicitar autorização para o juiz, a prisão temporária lhes dá plena autonomia, inclusive para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24h por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das ardilosas promessas do estilo "confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba".

No mesmo sentido, assevera Cirilo de Vargas (1992, p. 267):

Na prática, durante dez dias (e se for crime hediondo, por até 60 dias!), o juiz está permitindo que um suspeito fique sujeito a toda sorte de maus-tratos. Maus-tratos, sim, porque, se não houvesse para a Polícia a necessidade deles, por que requerer a prisão? Preso, por ordem judicial, o cidadão está

sujeito a suplícios que não deixam vestígios, sendo de valia nenhuma o exame médico para constatar violências.

O indivíduo que supostamente cometera um crime e não sabe que está sendo formalmente investigado é cerceado de seu direito de presunção de inocência, através de uma operação policial com nome cada vez mais “mirabolante”, em que a força policial, vestida de “gladiador ao modo moderno”, trajando balaclava e fuzil, vai efetuar a prisão, com uma cobertura cinematográfica da mídia, causando um constrangimento moral, corpóreo e midiático.

A espetacularização que permeia as operações é percebida com a utilização de armamento pesado, hostilidade e uma estrutura de guerrilha para prender alguém que, em muitos casos, supostamente cometeu um crime fiscal ou financeiro, o que não indica as hipóteses em que, excepcionalmente, poderiam justificar tal aparato.

Conforme aduz Moraes da Rosa e Moreira (2015, s/p):

Tem sido “lugar comum”, especialmente em tempos de operações policiais espetaculares e midiáticas, assistirmos na televisão e lermos nos jornais e revistas que Juízes expediram “mandados de condução coercitiva” para que investigados fossem levados por agentes policiais para serem ouvidos na Delegacia de Polícia.

Ocorre que tal procedimento não é autorizado, sequer, pelo vetusto, autoritário, inquisitorial e fascista Código de Processo Penal de 1942, pois o art. 260 só autoriza a tal condução coercitiva se o acusado (ou o indiciado) “*não atender à intimação para o interrogatório*”, situação diversa da decorrente de flagrante delito em que o suspeito pode ser conduzido para autoridade policial (CPP, art. 6º III, V e art. 144, § 4º, da Constituição da República).

Prender uma pessoa sem ter a certeza de que essa cometeu crime é uma antecipação de pena e um atentado ao princípio da presunção de inocência. Todos sabem como é o sistema carcerário brasileiro, puramente medieval, onde, como regra geral, pouco se percebe a obediência aos direitos humanos.

A coação que o preso cautelar é submetido atinge o indivíduo em todas as esferas de sua vida, pois esse sofre psicologicamente desde o momento do cumprimento do mandado de prisão, quando ocorre o espetáculo policial e midiático.

Trata-se de um aparato de guerra sob a bandeira que aquele é para a efetiva proteção de quem está sendo preso, sem contar o desgaste para a família e para a imagem do suposto criminoso que terá sua face estampada em todos os veículos de comunicação, e será julgado e condenado pela mídia antes mesmo de ser ouvido pela autoridade policial e pelo Ministério Público.

A imprensa brasileira trabalha da forma como bem descreveu o político e jornalista Artur da Távola no trecho de uma entrevista contida no filme documentário “Simonal, Ninguém Sabe o Duro que Dei”: “tomar o indício como sintoma, o sintoma como fato, o fato como julgamento, o julgamento por condenação e a condenação como linchamento” (SIMONAL, NINGUÉM SABE O DURO QUE DEI, 2009).

Nesse sentido, Baldan (2006, s/p)¹⁴, assevera:

Alquebrado fisicamente pela privação da liberdade, vilipendiado moralmente pela irrestrita exposição de sua imagem nos meios de comunicação, fragilizado psicologicamente pela privação do contato com o mundo exterior, fraudado racionalmente com as promessas de benefícios penais, o investigado, recolhido em sua cela, joga o solitário jogo do “dilema do prisioneiro”.

Não há como não se sentir fragilizado, mas a intenção é justamente essa, fragilizar o indivíduo de tal maneira que ele, mesmo sabendo que não é culpado, veja-se coagido a “colaborar”.

Sabendo de todo esse impacto psicológico, começa o processo de obtenção da “verdade seletiva”. São oferecidas vantagens para quem delata determinadas pessoas, podendo não ser verdade. Ademais, através da aplicação do instituto da delação premiada, também se aplica o terror, ao afirmar que, caso não haja delação, a pena do indivíduo pode ser injusta ou desproporcional.

Conforme aduz Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2015, s/p):

Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”. O acusador público, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão, solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento.

Ainda:

A superioridade do promotor, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente. Os acusados que se recusam ao acordo ou a guilty plea são considerados incômodos e nocivos, e sobre eles pesarão acusações mais graves. (LOPES JR., 2000, s/p).

Dessa forma, pode-se dizer que uma espécie anômala de prevenção está surgindo alheia às teorias preventivas da pena, já que tal comportamento não se

¹⁴ BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. IBCCRIM - Boletim - 159 - Fevereiro / 2006.

enquadra na prevenção geral nem na especial; seria uma prevenção negocial da pena. Sobre essa temática assevera Lopes Jr. e Morais (2017, s/p)¹⁵:

Não se pode desconsiderar, ainda, um outro fator importante em casos assim: a aplicação de penas altíssimas, exemplares, para réus que não quiseram colaborar, cumprindo uma função que se poderia denominar de "prevenção negocial". É um recado claro para o "mercado": faça seu acordo ou se submeta a uma pena altíssima. É pegar ou largar.

Nesse sentido assevera Bitencourt (2014, s/p):

Prende-se para investigar, prende-se para fragilizar, prende-se para forçar a confissão e, por fim, prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a "colaboração premiada"! Aliás, a própria autoridade repressora reconhece, oficialmente, em seu parecer, que esse é o objetivo maior das prisões e tem sido exitoso: arrancar a confissão e forçar a "delação"! Retornamos à Idade Média, quando às *ordalhas* e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo!

Diante dessa situação, quem em sã consciência não delataria tudo, inclusive o que não existe, apenas para se livrar, ou se prejudicar menos? Um risco enorme fica envolvido nesse tipo de acordo, pois conforme a posição majoritária dentro do país, a delação premiada tem natureza jurídica de prova, podendo essa ser utilizada para condenar alguém que não seja necessariamente o culpado.

Acerca dessa problemática, aduz Lopes Jr. (2014, p. 659-660):

É imprescindível muito cuidado por parte do juiz ao valorar essa prova, pois não se pode esquecer que a delação nada mais é do que uma traição premiada, em que o interesse do delator em se ver beneficiado costuma fazer com que ele atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou, com o inequívoco interesse de ver valorizada sua conduta e, com isso, negociar um benefício maior.

Muitas perguntas são feitas sobre sua eficiência, já que existe uma forte vontade estatal de trazer tal instituto como regra diante da criminalidade organizada. Como se sabe, a delação, nos moldes que funciona hoje, vem do modelo de Direito anglo-saxão, o famigerado "plea bargaining" – que é justamente essa recompensa dada a quem delata.

Vindo então de um modelo Common Law, faz-se necessário observar alguns pontos que a delação premiada promoveu nos Estados Unidos da América.

Segundo Rakoff (2014, s/p)¹⁶, após a Segunda Grande Guerra Mundial, mais de 80% dos casos criminais ocorridos em território americano sucumbiram ao

¹⁵ LOPES, JR, Aury; MORAIS, Alexandre da Rosa. Limite Penal. Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada? Consultor Jurídico, 03 fev. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2018.

“plea bargaining”. Nessa época, ressalta o autor, quando o réu fosse de fato inocente, poderia optar pelo julgamento tradicional, sem correr o risco de ser submetido a uma prisão mais gravosa, por não se submeter às barganhas.

Tudo isso veio abaixo nas décadas de 1970 e 1980 com o aumento da criminalidade devido ao tráfico de drogas. Com isso, foram instituídas as “Leis Rockefeller”, que previam penas muito altas, sendo os juízes que não puniam severamente os réus, afastados e substituídos por juízes de caráter mais rígido¹⁷. As sentenças podiam ser cumuladas. Um indivíduo que fosse pego por tráfico de drogas poderia ser submetido a uma pena de 10 anos à prisão perpétua, e, caso ele tivesse portando uma arma, seriam adicionados a ela mais cinco anos por cada arma encontrada, sem possibilidade de redução de pena¹⁸.

O sistema foi se tornando um monstro punitivo que, em 1984, definiu um regime de diretrizes obrigatório, achando pouco punir com o mínimo. Sendo assim, o Estado transferiu o poder de sentenciar dos juízes e colocou nas mãos do promotor¹⁹.

Toda essa estrutura normativa possibilitou o aumento do poder coativo da promotoria, que prende o réu e o mantém detido, pois, em alguns casos, a fiança é muito elevada e o seu advogado de defesa tem pouco acesso ao seu cliente dentro das unidades prisionais. Com todo esse poder, a promotoria consegue a confissão do réu mesmo que esse não seja culpado, só pelo fato de temer receber uma pena desproporcional²⁰.

A população carcerária dos EUA é a maior do mundo²¹, e uma parte significativa dessa população está presa devido ao fato de haver assumido a culpa de um crime que não cometera, com receio de que o estado resolva se vingar de quem não estiver de acordo com seu plano de delações, conforme explica S. Rakoff a seguir²²:

¹⁶ RAKOFF, Jed. S. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books, 20 nov. 2014. Disponível em: <www.nybooks.com>. Acesso em 10 fev. 2018.

¹⁷ Op.cit 2014

¹⁸ Id.2014.

¹⁹ Id.2014.

²⁰ Id.2014.

²¹ WALMSLEY, Roy. World Prison Population List” 11Th ED. Disponível em: <www.prisonstudies.org>. Acesso em: 22 jan. 2018.

²² Id.2014. “How prevalent is the phenomenon of innocent people pleading guilty? The few criminologists who have thus far investigated the phenomenon estimate that the overall rate for convicted felons as a whole is between 2 percent and 8 percent. The size of that range suggests the

Quão prevalente é o fenômeno de pessoas inocentes se declararem culpadas? Os poucos criminologistas que até agora investigaram o fenômeno estimam que a taxa geral para criminosos condenados como um todo está entre 2% e 8%. O tamanho desse intervalo sugere a imperfeição dos dados; mas suponhamos que seja ainda menor, digamos, não mais que 1%. Quando você se lembra de que, dos 2,2 milhões de americanos presos, mais de 2 milhões estão lá por causa de barganhas, estamos falando de cerca de 20.000 pessoas, ou mais, que estão na prisão por crimes que se declararam culpados, mas não na verdade se comprometer. (RAKOFF, 2014, s/p, tradução nossa).

É esse modelo falho e fascista que o Poder Judiciário, de maneira inconsequente e discricionária, tenta impor no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, cabe ressaltar que não se pode achar que a delação premiada é algo maligno, pois a falta de regulamentação específica no Brasil é o que a torna ilegítima. É necessário estabelecer claros limites sobre o que pode ou não ser feito. A falta de clareza sobre a forma de como a colaboração pode ser feita e seus limites é o principal problema encontrado.

Nesse sentido, aduz Lopes Jr. e Moraes (2017, s/p)²³:

Mas as regras que regulamentam os limites da delação e do acordo de não-persecução são muito opacas, dando ensejo ao protagonismo dos negociadores, gerando certa perplexidade aos observadores externos não iniciados no novo mecanismo de investigação e de acordos penais.

Além dos problemas mencionados, observa-se que a delação premiada também se apresenta como violadora da presunção de inocência, ante a forma como vem sendo aplicada no Brasil, uma vez que a pessoa ou é conduzida coercitivamente, ou está presa preventivamente. Apenas depois do constrangimento em sua liberdade de locomoção é que se realiza a colaboração.

Outro ponto relevante sobre a colaboração premiada, é que as informações obtidas da maneira mencionada não poderiam constituir provas, e sim meros elementos de investigação.

Segundo GRECO FILHO (2014, p. 43)²⁴:

imperfection of the data; but let us suppose that it is even lower, say, no more than 1 percent. When you recall that, of the 2.2 million Americans in prison, over 2 million are there because of plea bargains, we are then talking about an estimated 20,000 persons, or more, who are in prison for crimes to which they pleaded guilty but did not in fact commit".

²³ LOPES, JR, Aury; MORAIS, Alexandre da Rosa. Limite Penal. Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada? Consultor Jurídico, 03 fev. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 104 p.

Finalmente, o § 16 do art. 4º prevê regra de orientação ao juiz, impedindo-o de proferir sentença condenatória com fundamento exclusivamente das declarações do agente colaborador, devendo o juiz basear-se, também, em outros elementos probatórios, o que não será difícil de ocorrer, porque se a colaboração for eficiente levará à colheita de outras provas. A acusação isolada de alguém que se diz membro de organização criminosa e nada informa além disso, a não ser suas acusações, não passa de elemento evidentemente sem valor probatório isoladamente.

A delação premiada ainda possui outro viés de seletividade e ilegalidade, na medida em que os incentivos nos acordos são exagerados e acima de qualquer limitação legal, visando, a qualquer custo, punir determinada pessoa ou grupo. Esse incentivo é tão desproporcional que claramente pode resultar em delações falsas ou redundantes, o que põe em dúvida a eficácia do instituto, ou seja, os delatores que tiverem informações, mesmo que falsas, sobre determinada pessoa ou grupo, podem ser beneficiados por acordos de colaboração acima da lei. Conforme fala Bottino (2016, p. 12-13)²⁵:

É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação. Juízes deveriam, no ato de homologação, atentar para essas inconformidades legais e suas possíveis consequências, para assegurar a plena eficácia do instituto, dada a potencialidade que incentivos exagerados têm de levar a cooperações falsas ou redundantes. Essa preocupação não opera em abstrato. Os exemplos de acordos examinados, que excedem em muito os benefícios previstos em lei, oferecem incentivos exagerados, cuja legalidade pode até ser questionada e que colocam em perigo a plena eficácia do instituto.

No mesmo sentido, Lopes Jr. e Moraes (2017, s/p)²⁶ trazem a aplicação da venda de informação:

Do lado do delator, seu produto ou capital informacional deve interessar ao comprador estatal, associando-se na finalidade de obterem ganhos em face do acordo. Enquanto o Estado usa a fonte de informação contra o delator e terceiros, este se beneficia do desconto ou isenção da pena. A capacidade de associação para o fim de buscarem o resultado favorável aos negociantes depende de um intrincado mecanismo de convergência, até o ponto em que há interesses recíprocos e capazes de gerar acordos.

²⁵ BOTTINO, Thiago. COLABORAÇÃO PREMIADA E INCENTIVA À COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS FIRMADOS NA “OPERAÇÃO LAVA JATO”. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM, vol. 122, ago, 2016. Disponível em: <www.mpsp.mp.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

²⁶ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Limite Penal. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP. Consultor Jurídico, 22 set. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2018.

Ilustrando de maneira mais efetiva, o mesmo autor, agora em outro texto, traz um exemplo real para esse viés seletivo da delação premiada:

Em julho de 2015 foi, noticiada uma sentença penal condenatória na denominada “Operação Lava Jato” em que alguém – beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”. Depois vem um regime “semiaberto diferenciado” (??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos... tudo isso sob o olhar atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa “execução penal à la carte”. (LOPES JR., 2017, p. 196).

Entre os elementos da delação “à brasileira” que causa maior estranheza está a corroboração recíproca ou cruzada, que consiste em viabilizar a comprovação da delação a partir de outras delações – sem existir outros elementos probatórios. Mas, como definir a credibilidade de tais informações?

O Conteúdo das delações são temas que, em tese, deveriam ter seu conteúdo secreto, mas, na prática, são publicados ou devassados pelas grandes mídias, que dedicam grande parte de sua programação diária ao tema em questão. Desse modo, qualquer pessoa, mesmo sem o conhecimento exato sobre o seu conteúdo, tem acesso a este através de vazamentos ilegais de informações, simplificando o processo de corroboração recíproca ou cruzada, fragilizando ainda mais esse instrumento já tão débil.

Nesse sentido, é correto afirmar que:

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada “impura”²⁷ o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho. (BADARÓ, 2017, p. 06).

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?²⁸. (CORDEIRO Apud BADARÓ, 2017, p. 06).

Estamos presenciando na atualidade, uma utilização abusiva da delação premiada como forma de tortura. Essa postura encontra respaldo, por exemplo, em declarações públicas realizadas por procuradores, com afirmações do tipo: “O

²⁷ BADARÓ, Gustavo H. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. 2017. Disponível em: <www.edisciplina.usp.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

²⁸ CORDEIRO Apud BADARÓ, Gustavo H. O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. 2017. Disponível em: <www.edisciplina.usp.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

passarinho para cantar é preciso estar preso” (LUCHETE, 2016, s/p)²⁹. Como afirmado por um Promotor de Justiça em uma matéria da Mídia News:

A turma do colarinho branco, que fica com os pés dobrados em cima de uma cadeira, tomando uísque e comendo caviar, e cujos filhos mamaram na mamadeira da corrupção, se criaram desde o berço com dinheiro público. Essa gente não aguenta cadeia. Porque você tira o chão dessa gente. Essa gente perde o chão quando você a coloca na cadeia. (VIVEIROS Apud RODRIGUES, 2017, s/p).

Como diria Trindade e Streck (2014, s/p)³⁰:

Sem nenhum constrangimento, arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva que serve para a delação premiada. Ou seja, a prisão não é exceção, a prisão não tem requisitos constitucionais. Não. A prisão, agora, é para o acusado “abrir o bico”.

Compactuando com esse pensamento, Baldan (2006) expressa:

Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante seqüestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário. Preço do “resgate” pode ser, além da confissão, também a apresentação de outras provas materiais ou documentais, negociáveis entre um indigitado de garantias acanhadas e um Estado de poderes dilatados e sem freios éticos³¹.

No mesmo sentido, o autor ainda ressalta que a maior conquista do Direito na contemporaneidade foi seu elevado grau de autonomia, não se deixando ser contaminado pela política ou moral (TRINDADE e STRECK, 2006)³². Não resta dúvidas que prender para delatar é comprovadamente uma forma de tortura, e que nenhum acordo firmado com o acusado preso deve guardar validade dentro do nosso ordenamento jurídico.

Acerca desse ponto, expõe Lemos (2015, s/p):

²⁹ LUCHETE, Felipe. DAVI E GOLIAS. Batalhão de Advogados usa “falácias” contra a “lava jato”, dizem procuradores. Consultor Jurídico, 29 mar. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

³⁰ TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Diário de Classe. “O passarinho pra cantar precisa estar preso”. Viva a inquisição! Consultor Jurídico, 29 nov. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

³¹ BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. IBCCRIM - Boletim - 159 - Fevereiro / 2006.

³² TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. Diário de Classe. “O passarinho pra cantar precisa estar preso”. Viva a inquisição! Consultor Jurídico, 29 nov. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

Diga-se mais. Nenhum acordo de delação pode ser considerado válido diante de alguém que se encontra preso (não é necessário dizer o que isso significa enquanto liberdade volitiva e vontade livre, em tais circunstâncias) com o propósito específico de **estímulo para facilitar a confissão** ou **estímulo para cooperação com as autoridades de investigação**, ambos fundamentos inidôneos e ilegais para a manutenção de prisões preventivas.

4.1 A VIOLÊNCIA INVISÍVEL

A violência invisível não deixa marcas no corpo, e sim marcas psicológicas aos que são a ela submetidos, sendo essas mais difíceis de serem compelidas. O que seria senão violência psicológica, a limitação da liberdade com a única finalidade de obter uma prova? Nas palavras de Trindade e Streck (2014, s/p):

Eis que, agora, aparece outro tipo de violência: a violência simbólica que, a reboque da constrição da liberdade, torna-se um “meio de obtenção de prova”. Prende-se para que ocorra a delação. Pressão indevida. Violência psicológica.

Nesse sentido, também preleciona Maia (2014, s/p):

Hoje, não mais se admite a “tortura física” para fins de confissão ou delação, sendo crime de lesa humanidade e contra o sistema acusatório democrático em base aos Direitos Humanos. Mas vigora de maneira velada a “tortura psíquica”, na forma de “delação premiada”.

A Lei nº 9.455/97, que trata dos crimes de tortura, traz especificamente em seu Art. 1º, o que constitui tortura para o ordenamento jurídico brasileiro, contemplando os seguintes requisitos:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

[...]

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

~~II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;~~

II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos;

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. (BRASIL. Lei nº 9.455, 1997, Art. 1º).

Se feita uma exegese do texto legal em comparação com a maneira que a delação premiada vem sendo operada no Brasil, ficará evidente a existência de muitos aspectos congruentes sem ser necessário fazer analogia; o texto abarca, quase que em sua integralidade, o *modus operandi* de tal instituto, estando óbvio que não há outra definição que não seja tortura, perante tudo que acima foi elencado.

4.2 A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A ANUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO À TORTURA

Como já mencionado anteriormente, existem acordos de delação que são espetacularizados pelos meios de comunicação, o que faz com que haja uma forte influência sobre a opinião pública, a qual não apenas respalda as ações realizadas pelo Judiciário e Ministério Público, mas também começa a fazer pressão sobre estes.

Nesse sentido, Agapito e Borato (2015, p. 159) lecionam:

[...] pode-se concluir que a opinião pública gera uma grande pressão, não apenas na criação de institutos processuais, como, igualmente, nos processos em que tais instrumentos são aplicados. Ao que se vê, a mídia é profícua na criação de “justiceiros” e “heróis nacionais”, cujo dever é confirmar a “sentença sumária” em um procedimento administrativo sem contraditório.

Corroborando com a ideia acima levantada, Maccalóz Apud Nery (2010, p. 10), afirma:

[...]a atuação da imprensa também obedece à pressão do capital financeiro internacional, sua interferência e objetivos nos países emergentes. A ingerência econômica e política é muito antiga, exercida por todos os caminhos, mas os objetivos do neoliberalismo são responsáveis por grande parte das mudanças já acontecidas em qualquer instituição pública ou privada. São eles: liberalização dos mercados de bens e capitais, desregulamentação acentuada da economia, privatização em massa e forte redução do papel do Estado”.

A operação Lava Jato, deflagrada no Brasil no combate à corrupção, teve um papel central na divulgação desmedida dos acordos de delação realizados em seu âmbito. Tomando como exemplo essa operação, tem-se que a restrição da liberdade é utilizada como forma de se obter tal colaboração, o que caracteriza, sem dúvida, uma tortura psicológica sobre os que estão àquela submetidos.

Existe uma busca desenfreada para se alcançar a verdade seletiva, onde magistrados inquisidores passam por cima de garantias fundamentais, com o propósito de promover o desmantelamento de partidos políticos, que, para estes, são, na verdade, organizações criminosas. A guerra deflagrada contra os partidos políticos parece ser mais importante do que a corrupção propriamente dita, onde se busca de todas as formas a obtenção de uma suposta verdade que respalde a condenação do acusado. Nas palavras de Foucault (1999, p. 60) ³³ “a tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo”.

A mídia, como uma instituição privada, acaba guiando a opinião pública de acordo com seus interesses, e os anseios sociais aparentemente legítimos são, na verdade, advindos de uma manipulação midiática, resultando em clamores por justiça, o que supõe, conseqüentemente, a prisão como resposta estatal.

A respeito disso, lecionam Agapito e Borato (2015, p. 159):

Assim, através da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, os meios de comunicação de massas desenvolveu um método um tanto quanto peculiar de transmitir a informação e de atuar no corpo social, direcionando seus expectadores por meio de suas “verdades construídas”.

Nesse sentido, o professor Baldan (2006, s/p) aduz:

A verdade é que a voz ética reduz-se a mera rouquidão da consciência quando ao investigado atado a ferros e metido num macacão de cor berrante apontam os agentes da lei apenas dois caminhos possíveis: o do cárcere ou o da delação. Tudo sob o estrépito da mídia moderna que, hoje, se substitui ao cortejo da ensandecida choldra que trotava aos calcanhares do herege a caminho da fogueira medieval. Um contraponto. Outrora, em tempos sombrios, os holofotes da imprensa iluminavam as trevas e nos davam a saber a barbárie que em nosso País grassava. Hoje, tristemente, essas mesmas luzes, apenas mais potentes, não raro ofuscam idênticos direitos cujo sacrifício no passado buscavam ao mundo denunciar.

A sociedade parece não perceber que as ações promovidas pelo Estado na perseguição de grupos políticos, sendo legitimadas, acabarão sendo utilizadas de forma geral, colocando em risco direitos e garantias fundamentais. Um dado

³³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: Nascimento na Prisão. 1999, p. 60.

importante mostra que a população concorda em ceder seus direitos por achar que eles servem apenas para os outros, conforme se pode analisar no fragmento a seguir de Sanches Jr³⁴ (2009, p. 01):

Em fevereiro de 2008, a Pesquisa sobre Valores e Atitudes da População Brasileira, realizada pela empresa Nova S/B em parceria com o IBOPE, constatou que “26% [ou seja, um quarto] dos brasileiros utilizariam tortura como método de investigação policial”. Na parcela dos entrevistados com curso superior, tal aprovação atinge 40%; entre pessoas com renda superior a cinco salários mínimos, 42%; e entre os que ganham até um salário mínimo, 19%.

Com isso, percebe-se que, quanto menor a renda e nível de instrução, menor é o índice de aprovação da tortura, ou seja, a população mais intelectualizada e com renda maior, supostamente, acha que não será submetida à tortura, concordando assim, que esta seja aplicada. Contudo, as pessoas pertencentes às camadas sociais fragilizadas economicamente, sabem que são presas fáceis para o insaciável poder de punir do Estado, de forma que têm receio sobre autorizar a tortura como meio de obtenção de informações.

Esse fenômeno parece explicar em parte a anuência e defesa da opinião pública de instrumentos de tortura modernos, como a delação premiada à brasileira. Com a espetacularização midiática, as pessoas acabam entendendo que tal procedimento só será utilizado para casos específicos e que por isso não serão afetadas.

Em uma pesquisa mais recente realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP), identificou-se um crescimento no apoio à tortura no Brasil - de 1999 até 2010. A pesquisa elaborou um questionário perguntando à população entrevistada se era aceitável ou não que o Estado utilizasse a violência para que os suspeitos confessassem. O resultado da pesquisa foi preocupante, pois 47,5% da população brasileira concorda que os tribunais aceitem provas obtidas através de tortura.

Conforme pode ser observado nos dados retirados da Pesquisa Nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência (CARDIA, 2012, p. 306):

Ocorreu em 1999 uma clara discordância da frase em todas as faixas de idade. A discordância foi maior na faixa de 30 a 39 anos (75,3% de discorda

³⁴ SANCHES JR, Carlos Alberto. Apontamentos gerais sobre a tortura na contemporaneidade: As contribuições de Michel Foucault e Giorgio Agamben. Revista LEVS, n. 4, 2009. 12p.

totalmente) e menor na faixa de mais de 60 anos (66,2% de discorda totalmente). Em 2010, a maioria continua a discordar totalmente mas é uma maioria mais fraca (52,5%). A maior discordância é de 56% e ocorreu entre aqueles na faixa etária de 60 anos ou mais, enquanto a menor discordância (49,5%) ocorreu entre os mais jovens, com idade de 19 anos ou menos. Nas capitais em 1999, a posição discorda totalmente foi fortemente majoritária com uma exceção: em Manaus a discordância total foi de 43,9% a menor da amostra, ainda assim a tendência dos entrevistados nesta cidade foi de discordar da frase.

Há, de fato, um crescente e preocupante aumento da aceitação por parte da sociedade do uso da tortura e da violência, como forma legítima do governo conseguir informações para a elucidação de delitos.

Mais recentemente, no pleito eleitoral de 2018 para a Presidência da República, surge com uma força esmagadora o candidato do Partido Social Liberal (PSL), que abertamente faz apologia à tortura, torturadores, à pena de morte, dentre tantos outros temas, que são um verdadeiro aviltamento ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana.

Os dados obtidos na votação do primeiro turno comprovaram a aceitação desses nefastos ideais retrógrados. O candidato mencionado recebeu 46,03% dos votos válidos, ou seja, 49.276.990 votos, enquanto o segundo colocado, o candidato do Partido dos Trabalhadores (PT), aferiu 31.342.005 votos, ou seja, 29,28% (TSE, 2018)³⁵. Os dados acima suscitados e o aumento gradativo verificado na pesquisa parecem guardar uma íntima relação.

Nas palavras do professor Baldan (2006, s/p):

Parece que, de tempos em tempos, as civilizações elegem uma categoria de odiados para contra ela canalizar sua hostilidade, com negação às penosas conquistas tendentes ao respeito do ser humano como fim, e não meio, de todas as elaborações da humanidade. Imperativos da hegemonia da fé cristã, necessidade de sobrevivência do capitalismo, exigências da segurança do Estado, imposições da segurança urbana, etc., etc., sempre um objeto ideal proposto, cambiante no tempo e no espaço, que suplanta, ou pelo menos desloca, para sua conquista, a paisagem axiológica reinante.

Ocorre que, apesar da “sede populacional” de solucionar possíveis delitos, é importante perceber o quão a situação atual fez com que um instituto do patamar da delação premiada se tornasse um possível instrumento de tortura e, em muitos casos, uma forma de acusar pessoas inocentes visando apenas o benefício oferecido.

³⁵ TSE. Divulgação do Resultado das Eleições 2018. Disponível em: <www.divulga.tse.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2018.

4.3 DA INSUFICIÊNCIA NORMATIVA DA DELAÇÃO PREMIADA AO USO DA DISCRICIONARIEDADE

Há uma grande discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à delação premiada, pois não existe um diploma legal que trate especificamente de tal instituto, definindo competências e, principalmente, impondo limites tanto para o que pode ser feito, como também para o que não pode.

Corroborando com essa ideia, Lopes Jr. e Moraes (2017, s/p)³⁶ expressam:

Após quatro anos de vigência da Lei 12.850/2013, é preciso fazer uma avaliação da sua eficácia, impacto e, principalmente, das distorções práticas. A primeira conclusão é que a lei sofre de uma insuficiência normativa manifesta, por ser porosa e genérica, abrindo perigosos espaços impróprios para a discricionariedade negocial do ministério público (com a convivência do juiz que homologa).

Esse instrumento por si só é uma confissão de incompetência do Estado em investigar e elucidar ilícitos, que, na visão contemporânea, está sendo visto como um caminho mais curto para se chegar à justiça, em uma onda de efficientíssimo esdrúxulo, sendo institucionalizada a traição.

Conforme expressa Tourinho (2010, p. 1.647)³⁷:

A delação (traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de persecução penal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição.

Não se pode abrir mão de direitos fundamentais. A tentativa de implantar um instrumento nos moldes atuais é incompatível com o direito brasileiro, de raízes Romano-Germânicas. A própria Constituição dispõe sobre a impossibilidade, por exemplo, de reformas que tenham o objetivo de suprimir direitos e garantias fundamentais (Art. 60, 4º, IV, da CF/88).

Nesse contexto de incompatibilidade do instituto da delação com o sistema adotado no Brasil, Prado (2006, p. 10-12)³⁸ afirma:

³⁶ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Limite Penal. A decisão de Lewandowski acabará com a farra da "delação à brasileira"? Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

³⁷ TRF1 – ACR – Apelação Criminal221261120074013500, 3ªT., Rel. Tourinho Filho, DJF1, 17.12.2010, p. 1.647.

³⁸ PRADO, Geraldo. Delação Premiada: Aspectos Processuais. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13 n. 159, p.10-12. Fev. 2006.

Não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal. Pelo contrário, os antecedentes menos remotos deste instituto podem ser pesquisados no *Manual dos Inquisidores*. Jogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar o caminho de volta à Inquisição (em tempos de neofeudalismo isso não surpreende).

O instituto da delação premiada deve ser submetido aos dispositivos constitucionais, fazendo-se necessário que esse se adeque aos princípios fundamentais do Estado de Direito, sendo vedado qualquer tipo de vantagem que não esteja prevista em lei. Nesse sentido, Canotilho e Brandão (2017, p. 147) expressam: “é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal”.

Seria negligente não lembrar aos juízes e aos membros do Ministério Público, contaminados pelo consenso de Washington e o Neoliberalismo Jurídico, que eles devem cumprir as normas vigentes em seu país, pois para punir supostos crimes cometidos em território nacional, é necessário que haja respeito à Constituição e seus diplomas legais – nesse sentido, Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2017, s/p)³⁹ aduz: “O MPF pode muito, mas não pode tudo. As partes podem fazer acordos, mas nos limites da lei. É disso que se trata”.

Em consonância com o exposto, leciona Jardim Apud Masson e Marçal (2018, p. ix):

Minha restrição à cooperação premiada (delação premiada) diz respeito ao afastamento de determinadas cominações da lei penal (cogente), por acordo entre as partes no processo penal. Por exemplo: por acordo entre o Ministério Público e o réu, com assistência da defesa técnica, pode ser permitida a não aplicação da lei penal no caso em que caberia; poderia ser autorizada a progressão de um regime de cumprimento de pena sem obedecer ao lapso temporal exigido pela lei etc. Vejo aí mais uma influência perigosa de uma indesejável privatização do sistema penal, que praticamente começa com a Lei 9.099/95 e com a importação de alguns institutos do sistema processual norte-americano, mormente a estrutura adversarial do processo penal, que repudio.

A tentativa de usar meios importados via força bruta no atual sistema jurídico brasileiro, para além de ser inconstitucional e ilegal, acaba incorrendo em violações em relação aos direitos e garantias fundamentais, isto é, o Estado arroga para si um crime com a finalidade de colher informações de outro suposto crime, fazendo com

³⁹ LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Limite Penal. A decisão de Lewandowski acabará com a farra da "delação à brasileira"? Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

que haja uma reflexão sobre em qual ponto o Estado passa a ser mais criminoso do que o próprio acusado. Além disso, fica clara, mais uma vez, a necessidade de se ter a delação não apenas como uma prova única, mas sim uma prova a ser utilizada em conjunto com outras, pois, como bem se sabe, trata-se de “confissão” feita por pessoa interessada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo revelou, de maneira sucinta, o instituto da delação premiada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, desde sua introdução até o presente momento, vagando desde o Brasil colônia, com as Ordenações Filipinas, até a Lei nº 12.850/13 e suas respectivas repercussões na sociedade civil e, conseqüentemente, no Direito.

Diante da frágil democracia brasileira, é extremamente perigoso admitir institutos que incentivam a restrição de direitos e garantias fundamentais por parte do próprio indivíduo e pelo Estado.

Com a Constituição Federal de 1988 se teve um dos documentos mais efetivos no que tange aos direitos fundamentais. Os constituintes fizeram florescer no texto constitucional uma série de mecanismos de prevenção a violações. Não seria racional abrir mão dessa construção em nome do princípio da eficiência deturpado e pela deficiência do Estado em investigar crimes.

A tortura durante vários anos reinou soberana como forma de obtenção da “verdade”. Forças retrógradas vêm lutando para institucionalizar novamente tal instrumento no ordenamento pátrio, com novas roupagens, mais adequadas ao momento social atual, tendo em vista que o suplício do corpo não seria mais aceito. Sendo assim, a tortura se molda aos anseios sociais, disfarçada por meio de institutos “legais”. Na atual conjuntura, a tortura é aplicada de uma maneira vil, que não deixa marcas visíveis, e sim marcas que ficam apenas nas mentes das pessoas que são a ela submetidas.

A busca pelo aperfeiçoamento do processo legislativo é algo, de fato, louvável, desde que seja respeitada a Constituição e os princípios legais que norteiam a Nação. A delação premiada à brasileira está muito longe de ser um aperfeiçoamento, tão pouco respeita os direitos, princípios e garantias constitucionais, se comportando, aparentemente, como um instrumento de legitimação de um Estado eminentemente policial.

Tal instituto, como vem sendo aplicado atualmente no Brasil, está inspirado em legislações estrangeiras, sendo utilizado nesses países para crimes graves, como o terrorismo e o crime organizado, quando praticados por meio de violência. A insuficiência normativa da Lei nº 12.850/13 e as demais leis que introduzem o instituto da delação premiada promovem um espaço muito grande para a

discrecionalidade, estendendo essa legislação de exceção para todos os supostos crimes que, em tese, se configurem como uma organização criminosa.

É importante lembrar que o conceito de organização criminosa no Brasil também é muito vago, podendo esse ser atribuído de várias formas ao sabor das vontades de quem tem o interesse em configurar como tal.

Diante de tantos e amplos espaços abertos à discricionariedade, surge legitimação para a supressão do direito à liberdade e à presunção de inocência. A força de coação do Estado é utilizada como instrumento de pressão que ameaça ou restringe a liberdade do indivíduo, para que esse delate, sob pena de ser perseguido, prejudicado, ser mantido preso ou ter decretada a sua prisão (sem mencionar que as prisões brasileiras são, em si, uma forma de tortura, pois os estabelecimentos, em geral, são superlotados e insalubres e, ainda, como dizem muitos por aí, uma verdadeira “fábrica do crime”).

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, nos termos do seu Art. 102, deveria atuar no sentido de indeferir a homologação dos acordos de delação completamente inconstitucionais e ilegítimos, sempre que direitos e garantias fundamentais, bem como princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito, fossem violados.

De qualquer forma, o instituto da delação premiada não deve ser “demonizado”. Entretanto, devem ser respeitados os limites restritos de aplicação, limites que necessitam de regramento específico, definindo-se as competências e o alcance do instituto.

Observa-se que a tendência político-criminal de cunho punitivo direciona-se no sentido oposto, respaldando leis de conteúdo vago e indeterminado, exatamente para permitir uma interpretação extensiva e discricionária, como ocorre com a delação premiada.

O Direito não pode ser contaminado pela política e pela moral, admitindo e respaldando a tortura; e a situação torna-se ainda mais grave quando é o próprio Estado quem a aplica, mesmo que seja com o propósito de elucidar a prática de crimes. O Estado não pode avocar para si um crime visando a possível solução de outro.

Nós, enquanto juristas, corpo social e família, não podemos ser coniventes com o avilto ao nosso ordenamento jurídico, o qual possui um regramento máximo

sujeitado a leis, decretos e portarias, em uma lógica de hierarquia deturpada e tendenciosa, que atende aos interesses de quem dela faz uso, querendo legitimar a minoração de direitos e garantias fundamentais, colocando em “xeque”, assim, a segurança jurídica e os pilares que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

Afinal, muitos dos direitos conquistados com o texto a Constituição Federal de 1988 representam o grito de uma sociedade que viveu numa época de barbárie, perpetrada pelos governos ditatoriais. O seu texto é muito robusto acerca dos direitos e garantias fundamentais, pois muitos deles foram cunhados a partir do sofrimento na própria carne, como o caso do ilustríssimo professor Agassiz Almeida, que durante a ditadura militar foi preso e desterrado. Ao retornar após a lei da anistia para suas atividades, como Deputado Federal, a constituinte aprovou diversas emendas constitucionais e ajudou a fortalecer o caráter garantidor da Constituição.

Desse modo, mais uma vez, fica evidente o quão importante é o assunto aqui discutido, onde se procurou, por meio de uma análise histórico-legal, demonstrar as atrocidades que poderiam ser evitadas com a existência de uma legislação mais específica e, juntamente com ela, uma maior fiscalização e empenho no combate à tortura disfarçada de institutos legalizados.

REFERÊNCIAS

_____. **Aplicação de regime prisional deve considerar caso concreto e não apenas gravidade do crime, decide ministro.** Notícias STF, 06 abr. 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. **“Condução coercitiva é prática odiosa e ilegal nas operações plim-plim”.** Empório do Direito, 28 out. 2015. Disponível em: <www.emporiiododireito.com.br>. Acesso em: 24 mar. 2018.

_____. DELATAR, PREMIAR. In: **DICIONÁRIO Michaelis.** Editora Melhoramentos Ltda. Disponível em: <www.uol.com.br/michaelis>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. **Supremo retira o poder investigatório dos juízes.** Notícias STF, 12 fev. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 out. 2018.

AGAPITO, Leonardo Simões; BORATO, Pedro Guilherme. **A delação premiada em seu aspecto dogmático e o reflexo da atuação dos meios de comunicação no instituto.** In: Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. São Paulo: LiberArs, 2015.

ALMEIDA, Roberto de. Série Concursos Públicos - **Teoria Geral do Processo - Civil, Penal e Trabalhista.** 4ª edição. Método, 2013. Disponível em: <www.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações Filipinas.** Vols. 1 a 5. Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo.** 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <www.forumdeconcursos.com>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ANDRADE, André Lozano. Aceitar a delação premiada como prova legaliza a tortura cometida por juízes. Jusbrasil, Portal Justificando, 2015. Disponível em: <www.portal-justificando.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

ARANHA. Adalberto José Q. T. De Camargo. **Da prova no processo Penal.** 4ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **AGNU.** Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 14 mai. 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** 10ª edição. São Paulo: Método, 2018.

BADARÓ, Gustavo H. **O Valor Probatório Da Delação Premiada:** sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. 2017. Disponível em <www.edisciplinas.usp.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM** - Boletim - 159 - Fevereiro/2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Ed. Eletrônica Ridendo Castigat Mores. 1764. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Traição bonificada. Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades.** 2014. Disponível em: <<www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BOTTINO, Thiago. COLABORAÇÃO PREMIADA E INCENTIVOS À COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS FIRMADOS NA“OPERAÇÃO LAVA JATO. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM**, vol. 122, ago. 2016. Disponível em: <www.mpsp.mp.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº. 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 mai. 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 abr. 1997. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 mar. 1998. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou

psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL, Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

BRASIL, Lei nº. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ**. Recurso de Habeas Corpus. Habeas Corpus nº 183.279/DF, da 6ª Turma. Penal. Art. 157, 2º, I e II, do Código Penal. Condenação. Apelação Julgada. (1) Writ Substitutivo de Recurso Especial. Inviabilidade. Via Inadequada. (2) Ausência de Apreensão da Arma de Fogo utilizada. Irrelevância. (3) Pena-Base. Acima do Mínimo Legal. Maus Antecedentes. (4) Confissão Espontânea. Aplicada. Analogia com o Benefício da Delação Premiada. Impossibilidade. Writ não conhecido. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJU, 23 abr. 2013, v.u. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF**. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1570/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 fev. 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF**. Pedido de homologação de acordo de colaboração premiada. Petição 7.265 – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 14 nov. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF**. Súmula Vinculante nº 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1ª Região)**. Apelação Criminal nº 221261120074013500, 3ª T., Rel. Juiz Tourinho Filho, DJF1, 17.12.2010, p. 1.647.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE**. Divulgação do Resultado das Eleições 2018. Disponível em: <WWW.divulga.tse.jus.br>. Acesso em: 06 out. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 133, ano 25, p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017. Disponível em: <www.apps.uc.pt>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set. – out. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, vol. 1 – parte geral (arts. 1º a 120) - 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDIA, Nancy. **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais e valores em relação à violação de direitos humanos e violência**: Um estudo em 11 capitais de estado. Coordenação: Nancy Cardia; Rafael Cinoto et al. . São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2010, 413 p.

CARDOSO, Rafhaella. Delação premiada “voluntária” ou tortura autorizada?. Jusbrasil, Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <www.canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

CIRILO DE VARGAS, José. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 13, n. 159, fev. 2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Delação Premiada: posição contrária. In: **Jornal Carta Forense**. CAPA MAIO 2014. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. V. 1, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017. Disponível em: <www.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2018.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP**. 33ª Ed., rev. e atual.. Editora Atlas, 2018.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada: Comentários à Lei 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento na Prisão**. 20ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Breves anotações sobre a Lei 10.409/02**. 29 ago. 2003. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GESTEIRA, Leandro. **Delação premiada e a ampla defesa: o acordo de Paulo Roberto Costa**. Jusbrasil, Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <www.canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 104 p.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. Disponível em: <www.esmeg.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. Prefácio. In: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4ª ed. Método, 2018. Disponível em: <www.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, vol. 1 - parte geral - 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEMOES, Bruno Espiñeira. Delação premiada e prisão preventiva: (não estamos em Berlim). Jusbrasil, Canal Ciências Criminais, 2015. Disponível em: <www.canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev. 2000. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **LIMITE PENAL. A decisão de Lewandowski acabará com a farra da “delação à brasileira”?** Consultor Jurídico, 08 dez. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 14 fev. 2018.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **LIMITE PENAL. Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?** Consultor Jurídico, 03 fev. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **LIMITE PENAL. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. Consultor Jurídico, 22 set. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2018.

LUCHETE, Felipe. **DAVI E GOLIAS. Batalhão de Advogados usa “falácias” contra a “lava jato”, dizem procuradores**. Consultor Jurídico, 29 mar. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **HISTÓRIA DO DIREITO. Ordenações Filipinas - Considerável influência no direito brasileiro**. In: **Jornal Carta Forense**, 04 ago. 2006. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Delação premiada e os direitos humanos: modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada**. JUS NAVIGANDI, nov. 2014. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender a delação premiada pela Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia apresentada ao departamento de Direito Pontifícia. Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), 2010. Disponível em: <www.maxwell.vrac.puc-rio.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão**. 2ª ed. RT, 1999, nº 6.9, pag. 213-9,

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASTANA, Débora. **Justiça Penal Autoritária e Consolidação do Estado Punitivo no Brasil**. In: **Revista Sociologia Política**. Curitiba: [s.n.], 2009.

PRADO, Geraldo. **Delação Premiada: Aspectos Processuais**. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 jan. 2018.

RAKOFF, Jed. S. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books, 20 nov. 2014. Disponível em: <www.nybooks.com>. Acesso em 10 fev. 2018.

RODRIGUES, Lucas. “Turma do Colarinho Branco delata porque não aguenta cadeia”. In: **Mídia News** – credibilidade em tempo real. 10 dez. 2017. Disponível em: <www.midianews.com.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada - Limites Éticos ao Estado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANCHES JR, Carlos Alberto. Apontamentos gerais sobre a tortura na contemporaneidade: As contribuições de Michel Foucault e Giorgio Agamben. In: **Revista LEVS**, n. 4, 2009. 12p. Disponível em: <www.marilia.unesp.br>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SIMONAL, Ninguém Sabe o Duro que dei. Direção de Calvito Leal, Cláudio Manoel, e Micael Langer. São Paulo: Globo Filmes, TvZERO, Zohar e Jaya, 2009. 1 DVD (86 min.), son., color.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. **DIÁRIO DE CLASSE. “O passarinho pra cantar precisa estar preso”. Viva a inquisição!** Consultor Jurídico, 29 nov. 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 14 fev. 2018.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**. 11th ed. Institute for Criminal Policy Research. Disponível em: <www.prisonstudies.org>. Acesso em: 22 jan. 2018.